R.ti communicando Fiscali off.º concesso marito a lege 371

40

89



POR DIEGO DE FVENTES; VEZINO DE LA VILLA DE CAMBIL.

EN EL PLEYTO,

CON D. DIEGO COBO DEL RINCON, VEZINO DE LA CIVDAD DE IAEN.

En Granada, En la Imprenta Real, En casa de Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.

2



STE Pleyto es, ſobre la ſuceſſion de el vinculo que fundó Geronimo de Torres Morcillo, y vacò por muerte de Fernando Cobo Adalid. Pretende Diego de Fuentes, que ſe ha de confirmar la ſentencia de viſta, que confirmò la del Iuez inferior: por la qual fue declarado por ſu ceſſor del dicho vinculo el dicho Diego de Fuẽtes, y condenado don Diego Cobo de el Rincon a la reſtitucion de los bienes, cõ los frutos, deſde el dia de la ocupacion.

2 ¶ Y para inteligencia de la pretenſion del dicho Diego de Fuentes, ſe ſupone, que el dicho Geronimo de Torres Morcillo, fundador, en diez y ocho de Enero de el año paſſado de ſeyſcientos y veynte y ſeys, otorgò ſu teſtamento, debaxo de cuya diſpoſicion muriô, y por el fundô el vinculo, ſobre que ſe litiga, y llamó a la ſuceſsion de el a Luys de Torres Morcillo ſu hermano, y a ſus hijos, y deſcendientes, y deſpues a Fernando Cobo Adalid, hijo de Iuana de Fuentes ſu hermana (eſte fue el vltimo poſſeedor, y por cuya vacante ſe litiga) y a falta hizo el llamamiento ſiguiente: *Y a falta de la ſuceſsiõ legitima del dicho Fernando Cobo, ſuceda, y aya el dicho vinculo el deudo mas cercano que huuiere de mi linage de parte de la dicha Iuana de Fuentes mi madre.* Llegò el caſo deſte llamamiento, por auer muerto ſin hijos, y deſcendientes el dicho don Fernando Cobo Adalid, y por eſta vacante es la controuerſia entre ambos litigantes, quien es el pariente mas cercano de los dos en el caſo del llamamiento, y cada vno pretende ſerlo, y como tal, ſer declarado por ſuceſſor del dicho vinculo.

3 ¶ En dos articulos ſe diuidirá la juſticia del dicho Diego de Fuentes. En el primero ſe fundará, como la ſuceſsion del vinculo, ſobre que ſe litiga,

tiga, ha de ser preferido el dicho Diego de Fuentes por hallarse el pariente mas cercano del fundador, y vltimo posseedor, sin embargo del derecho de re presentacion, porque no la ay en este caso. En el segundo se fundará, que aunque tuuiesse lugar la re presentacion en la sucession, sobre que se litiga, todavia se ha de declarar por sucessor a el dicho Diego de Fuentes, porque tiene prouado su parentesco, y ser de mejor linea que el dicho don Diego Cobo del Rincon, y se responderà a las defensas, y fundamentos que ha propuesto el dicho D. Diego Cobo del Rincon.

ARTICVLO I.

NO Es dudable que computados los grados del parentesco de ambos litigantes, por el arbol que se diô a V. m. y a los demas señores que vieron este pleyto, se halla el dicho Diego de Fuentes, el pariente mas cercano del fundador, y a el vltimo posseedor, respeto del dicho don Diego Cobo del Rincon (aunque sea cierta la linea, y ascendencia que dá) porque el dicho Diego de Fuentes se halla primo segundo de el fundador, y el parentesco por parte de Iuana de Fuentes, y el dicho don Diego Cobo de el Rincon, segun la ascendencia que dá, es nieto de primo segundo.

5 ¶ Siendo esto asi, y auiendo llamado el fundador a la sucesion de el vinculo a el pariente mas cercano, siendolo el dicho Diego de Fuentes a el tiempo de la vacante de el vltimo posseedor, que es quando ha de tener el que pretende la sucession la calidad, ex l. interuenit, ff. de legatis præstandis, l. si cognatis, ff. de rebus dubijs, se deue declarar por sucessor del vinculo, sobre que se litiga, sin que le pueda competir el dicho don Diego Cobo del Rincon, aunque se hallara ser descendien

te

te de hermano mayor (que no se halla) porque en el caso presente, por estar llamado el pariente mas cercano, no tiene lugar el derecho de la representacion, l. si libertus, §. 1. ff. de bonis libertorum, l. abunculo, C. communia de successionibus, §. si plures, Instit. de legitima agnatorum successione, l. 3. tit. 16. part. 6. en terminos de que auiendo llamamiento de el pariente mas cercano no ay representacion, lo resueluen Thesauro decis. 65. num. 1. & 2. Auendaño in l. 40. Tauri, glos. 20. nu. 16. y citando a muchos lleua esta misma opinion el señor don Iuan Valençuela Velazquez en el cons. 23. num. 169.

6 ¶ Otros Autores del Reyno hazen distincion en el llamamiento del pariente mas cercano para resolver la question, diziendo, que el llamamiento del pariente mas cercano, ò es por ley, ò estatuto, ò por disposicion de hombre en el primer caso, resueluen, que se admite la representacion: pero en el segundo quãdo està llamado por el testador el pariente mas cercano, lleuan constantemente que no se ha de admitir la representacion, asi lo resuelve Dom. Præses Couarrùvias practic. cap. 38. num. 4. vers. 3. *Ad intellectum*, Antonio Gomez in l. 40. Tauri, num. 41. Costa de patruo, & nepote, pag. 130. Gutierrez libr. 3. practic. quæst. 67. num. 2. y assi entienden la glosa de la ley cũ ita legatur, alias omnia 32. §. in fideicommisso, verb. *nominati sunt*, ff. de legat. 2. in illis verbis: *Notare ordinem successionis non ordinem gradus, &c.*

7 ¶ Y la razon es, porque las palabras de el testador, se han de entender naturalmente, y no por ficcion, especialmente en los fideicomissos, y vinculos, l. fideicommissum, ff. de conditionib. & demonstrat. Dom. Couarruv. vbi supra, ex l. non aliter, ff. de legat. 3.

8 ¶ Deinde, porque auiẽdo llamado el fundador del vinculo, sobre que se litiga, a falta de Geronimo Cobo Adalid, vltimo posseedor a el pariente mas cercano, quiso, y fue su voluntad, que el que lo fuesse a el tiempo de la dicha vacante sucediesse en el, *nam qualitas adiuncta verbo debet intelligi secundum tem-*

pus berui, l. 2 & l. 3. ff. de auro, & argento legato, l. Titius 26. ff. de militari testamento, l. ex pacto 17. §. penultimo, ff. ad Trebelianum, l. in delictis, §. si damnũ extraneus, ff. de noxalibus actionibus D. D. Iuan de el Castillo lib. 5. c. 90. n. 22.

9 ¶ Y no obsta a esta resolucion la disposicion de la ley 40. de Toro que admitiò en los mayorazgos el derecho de la representacion indistintamente. Lo vno, porque la misma ley se limita en el caso q̃ otra cosa estuuiere dispuesta por el testador, y en el caso presente la ay, auiendo llamado a el mas cercano, pues natural, y propriamente hablando el pariente mas cercano, es aquel qui in proximiori gradu cognationis inuenitur, & quem nemo in gradu præcedit iuxta iura vulgaria, & coligitur, ex l. proximus 22. ff. de verbor. significat.

10 ¶ Y bastara para que la limitacion de la ley de Toro tuuiera lugar que conste de voluntad tacita del fundador, assi lo resuelve el señor Presidente Couarruvias explicando la limitacion in dict. cap. 38. num. 11. con muchos fundamentos Dom. Molina de primog. lib. 3. cap. 8. num. 1. Matienço in l. 5. tit. 6. lib. 5. glos. 6. num. 1. Gutierr. cons. 64. num. 5. Dom. don Iuan Valenç. cons. 23. n. 109. cùm sequentibus. Y en este pleyto està prouado que Geronimo de Torres Morcillo, fundador, tuuo voluntad de que a falta de Geronimo Cobo Adalid sucediesse en el dicho vinculo el dicho Diego de Fuentes, y que declarò, q̃ quien sucedia en el, era el susodicho, como lo deponen en la prouança que hizo el dicho Diego de Fuentes ante el Iuez inferior muchos testigos, especialmẽte Andrea Carrillo, muger que fue del dicho fundador, y Mariana de Monsalve, muger que fue de Luys de Torres Morcillo primero llamado, hermano del fundador; conque no se puede dudar de que el dicho Diego de Fuentes tiene en su fauor la voluntad de el fundador, y que por ella se deuiera excluyr la representacion, en caso que la tuuiera fundada la parte de Diego Cobo.

11 ¶ Vltra se considera, para excluyr la represen-

presentacion que el vinculo, sobre que se litiga, està fundado por pariente transversal de las partes de este pleyto, tan remotos, como de la inspeccion del arbol se manifiesta, y no ha entroncado la sucession de el en acẽdiente alguno del dicho don Diego Cobo, y en este caso no se admite el derecho de la representacion, Authent. post fratres, C. de legit. hæredib. §. cum filius, Institut. de hæredit. qui in test. defer. in maioratu, no siendo fundado por ascendiente, tenet Dom. Couarruvias in dict. capit 38. practicarum, num. 4. vers. *Huic opinioni*, Gregor. Lopez in l. 2. tit. 15. part. 2. Anton. Gomez in l. 8. Taur. num. 19. & 20. Mieres de maioratu, 2. part. quæst. 6. num. 31. Dom. Valençuela Velazquez cons. 23. n. 61. cum seqq.

12 ¶ Y no auiendo entroncado la sucessiõ en ascendiente de el que pretende la representacion, tenent Marta de sucess. legat. 3. p. q. 1. art. 2. à n. 37. vsque ad 41. ibi: *Sed in hoc articulo præsuponimus lineam primogeniti fuiße extinctam filiumque secundogenitum multo tempore ante periisse; sed aliquos illius descẽdentes extare: quamobrem nullo modo possumus dicere hos extantes eße de linea secundogeniti, quæ nunquam initium habuit.* Et num. 41. ait: *Ergò cessat ratio linearum inter descendentes ex aßerta linea secundogeniti, quæ nunquam incepit, & cessante ratione linearum succeßio reducenda est ad terminos iuris, vt qui proximior est defunctois omnino præferendus sit.*, idem tenet Auedaño in l. 40. Tauri, glos. 9. num. 75.

13 ¶ Et respectu transversalium non admitti representationem post primum gradum, tenent Gutierr. lib. 3. practicar. quæst. 66. num. 3. optimè cum multis DD. Valençuela Velazquez cons. 23. num 57. cum sequentibus. Y en este pleyto, no solo nos hallamos despues del primer grado de los transversales, si no en vn vinculo, fundado por vn primo segundo del abuelo de don Diego Cobo, que aunque el fundador fuera hermano del abuelo de don Diego, resuelue en este caso Dom. Valençuela vbi supr. numer. 59. que no tiene lugar la representacion.

14 ¶ Y de la misma l. 40. de Toro se prueua

esta resolucion; pues por ella solo se admite la representacion, respeto de los descendientes del posseedor del mayorazgo, ò de los descendientes de aquel que necessariamente auia de suceder, y tenia derecho radicado para ello; pero no quando este derecho no fue radicado en la cabeça de la linea que se pretēde representar firme, y invariable; de forma, que si entonces muriera el posseedor del mayorazgo, huviera de suceder necessariamente, aunque por contingēcia pudiesse suceder: en este caso no hablò la ley de Toro, ni admitiò la representacion, y se queda en la disposicion del derecho comun, que excluye la representaciō, vltra filios fratrū, dict. Authent. post fratres cum similibus, & ita tenent Bald. in l. cum in antiquioribus, C. de iur. deliber. num. 13. Dom. Molin. de primog. lib. 3. cap. 7. num. 1. & 2. Auendañ. in l. 40. Taur. glos. 7. per tot. D. D. Ioann. del Castill. lib. 3 cap. 19. nu. 177. Carl. de Tap. in Add. ad Franc. de Riber. in respons. succes. reg. Portug. art. 5. 3. part. litt. A. à num. 52. vsq; ad 66. Petr. Greg. de concess. feud. 4. part. quæst. 10. num. 23. Y no se ha de extender la disposicion de la l. 40. de Toro, a caso que no determinò: mayormente siendo la representacion ficcion, y ser lo determinado por la l. priuilegio, quod strictè est interpretandū, cap. porrò de priuilegijs. Considerando estas, y otras muchas razones el señor D. Iuan Valenç. Velazquez, consil. 23. à num. 61. cum seqq. afirma, y resuelve con grandes fundamentos, y autoridades, que no se admite la representacion en la succesion de los mayorazgos, quando el vltimo posseedor fue transversal, y satisface a la ley de Toro, y la explica.

15 ¶ Y discurriendo por todos los ascendiētes que dà el dicho don Diego Cobo de el Rincon, y pudiera representar a qualquiera dellos (que no puede mas que a Madalena de Fuentes su madre, que es el principio de su linea; porque cada hijo haze su linea, vt tenent Paul. de Castro in l. maritus, C. de procurat. Y Greg. Lop. in l. 2. tit. 6. part. 4. verb. *Linea de parentesco*, Mier. de maiorat. 2. part. quæst. 6. num. 18. in antiquis, Menoch. cons. 957. nu. 8. vol. 10. Marta de success.

cess.legal.vbi supra,n.37.)se hallarà, que ninguno de ellos tenia derecho necessario, è indubitable de suceder en este vinculo, si en su tiempo muriera el posseedor del.

16 ¶ Y bastara, para excluyr la representacion, que huviera qualquier duda: nam in dubio in successione maioratus representatio non admittitur, Ciriac.controuers.8.nu.141.Menoch.lib.4.præsumpt. 45.num.3.& cons.200.num.41.*Et cessante ratione linearum, seu representationis, successio reducenda est ad terminos iuris, vt qui proximior est defuncto; is omninò præferendus sit*, vt resolvit Marta vbi supra, num.41.in fine.

17 ¶ De que resulta, que no deuiendose atẽder al derecho de representacion en el caso deste pleito, por los fundamentos referidos, y hallandose Diego de Fuentes en grado mas cercano de parentesco con el fundador, y vltimo posseedor, ha de ser preferido en la sucession, y declarado por successor de el vinculo, sobre que se litiga.

ARTICVLO II.

18 AVnque este pleyto se huviera de determinar por el derecho de la representacion, como pretende don Diego Cobo, todavia la justicia del dicho Diego de Fuentes, para ser declarado por sucessor del vinculo, sobre que se litiga, (etiam admissa representatione) es muy clara, y se manifiesta ex sequentibus.

19 ¶ Lo primero, porque el dicho Diego de Fuentes tiene verificado con mucho numero de testigos, que es hijo legitimo de Diego de Fuentes, y que este fue primo hermano de Iuana de Fuentes, madre del fundador, y esto de conocimiento: y de oidas a personas senaladas, tiene verificado, que la dicha Iuana de Fuentes, madre del fundador, y el dicho Diego de Fuentes son hijos legitimos de dos hermanos, la dicha Iuana de Fuentes de Iuan de Fuentes, y el dicho Diego de Fuentes de Pedro de Fuentes: todo cõ dis-

 tincion

tincion de grados, personas, y matrimonios: con que tiene verificado legitimamente el parentesco con todos los requisitos de derecho, que son; distincion de grados, declaracion de personas, y matrimonios legitimos, hasta llegar a el stipite, que son los dos hermanos ascendientes del fundador, y del dicho Diego de Fuentes, litigante, iuxta text. in cap. tua nos 7. de consanguinitate, & affinitate, ibi: *A stipite debent incipere; idest, à parentibus, vel germanis: & sic per ordinem distinguere gradus nominibus proprijs, vel æquipolentibus indicijs designãdo personas, &c.* vbi glos. verb. *Vel germanis*, ibi: *Et ita non est necesse incipere à stipite: sed sufficit à fratribus, supra de testibus, cap. series, & cap. licet in princip. & 35. quæst. 5. cap. 1. & infra de diuortijs, cap. porro, ad finem sic ergo patet, quando omnes gradus, & personæ sunt designandæ 35. quæst. 6. cap. parentela*, l. 20. tit. 9. part. 4 vbi Dom. Gregor. glos. 1. per totam, Cyriac. Nig. controuers. 281. num. 13. el señor D. Iuan Valençuela Velazquez, cons. 105. num. 36. & 52.

20 ¶ Y bastara, para la verificacion del parẽtesco, y derecho de Diego de Fuentes, el pretender D. Diego de el Rincon el derecho de la representacion, Dom. Valençuel. Velazquez consil. 23. nu. 81. cum seqq.

21 ¶ Teniendo prouado el dicho Diego de Fuentes el parentesco, y el grado en que se halla, tiene justificada su pretension, para ser declarado por sucessor del vinculo, sobre que se litiga, y para vencerlo el dicho D. Diego Cobo del Rincon, deue prouar el derecho de la represantacion que pretende, y la calidad de ser descendiente de linea, y grado mas cercano que el dicho Diego de Fuentes, aliàs non obtinebit, & de iustitia sucumbet, vt in proprijs terminis tenet Dom. D. Iuan Valençuela Velazquez, cons. 105. num. 107. ibi: *Quia cum prætendat ratione consanguinitatis, debet probare se consanguineum*. Et infra: *Si exprimat, & prætendat certum consanguinitatis gradum, de eo similiter probare debebit, neque aliàs obtinebit.*

22 ¶ Conociendo la resoluciõ desta regla, que es tan cierta, el dicho don Diego del Rincon pretende

tende auer prouado el grado del parentesco, y linea de quien desciende para ser preferido a el dicho Diego de Fuentes con la prouança que ha hecho en la instancia de reuista con testigos que dizen con distincion de grados, y personas ser descendiente de Iuan de Fuentes su visabuelo, y que el dicho Iuan de Fuentes (dizē de oydas) que fue primo hermano de Iuana de Fuentes, hijo dizen algunos testigos de oydas, sin dar autor de vn hermano de el padre de la dicha Iuana de Fuentes sin nombrarlo, esta es la prouança con que pretende prouar el parentesco, y prelacion el dicho don Diego Cobo del Rincon, la qual tiene los defectos siguientes, para que no se estè a ella, ò a lo menos no pueda preferir a Diego de Fuentes en la sucession del vinculo, sobre que se litiga.

23 ¶ El primero de auerse hecho las alegaciones, y prouança en la instancia de reuista, auiendo visto la prouança que tenia hecha el dicho Diego de Fuentes, y lo que le dañaua especialmente la alegaciō y prouança que hizo de que Iuan de Fuentes su visabuelo fue hijo de hermano mayor del padre de la madre del Fundador: nam ex tarditate allegationis præsumitur falsa, l. si quis forte, ff. de pœnis, bi: *Neque enim debebant rem tam magnam tandiù reticere*, cap 1. de frigidis, & maleficiatis, ibi: *Cùr tàndiu tacuit?* Et ita tenent Aymon Crauet. cons. 28. num. 6. Cephal. cons. 287. num. 31. Mascard. conclus. 740. num. 17. Menoch. præsumpt. 20. num. 15. & 36. lib. 5. Ossasc. decis. Pedam. 117. num. 9. Ludouic. Morat. de testibus agens, respons. 69. num. 45. post principium, & respons. 99. num. 37.

24 ¶ El segundo, porque los testigos que han dicho por el dicho don Diego Cobo del Rincō, los que dizen, que Iuan de Fuentes su visabuelo fue primo hermano de Iuana de Fuentes, madre del Fundador, y hijo de hermano mayor, dizen con mucha variedad, y equiuocacion, como son, Antonio Diaz, Marta de Aguilar, Iuan de Quesada, Iuan Cobo; los quales, auiendo dicho en el principio de la tercera pregunta de oydas, que Iuan de Fuentes, visabuelo de D. Die-

Diego,fue primo hermano de Iuana deFuentes,madre del Fundador, y hijo de hermano del padre de la dicha Iuana de Fuentes concluyen la pregunta con dezir, que el visabuelo de el dicho don Diego Cobo fue hijo de hermano mayor de la dicha Iuana deFuẽtes: cosa, que ni se ha articulado, ni es possible que lo sea, y contradiziendose a lo que auian dicho antes, de que resulta la poca certeza, y credito que se deue dar à sus deposiciones, ex l. qui vario, ff. de testibus cum vulgatis.

25 ¶ Lo tercero, porq̃ todos los testigos presentados por el dicho D. Diego q̃ dizẽ de oydas el parẽtesco cõ la madre del fundador, no dã autores a quiẽ lo oyessen: lo qual era necessario para que pudiessen hazer fee, y admitirse por testigos, cap. licet ex quadã de testib. ibi: *Testificata didicerint ab antiquioribus quidem suis, nõ utique ab uno, cũ non sufficeret ille si viueret; sed duobus adminus*, Farinac. de testib. quæst. 69. num. 74. ibi: *Et generalitèr omnes prædictas limitationes, in quibus dixi: Ex testimonio de auditu probationem oriri, vt debeant testes sic de auditu deponentes; nominane eos à quibus audiuerunt, alitèr non probant.* Petr. Surd. cons. 135. num. 95. in fin. Menoch. cons. 98. num. 57. Masc. rd. de probat. lib. 1. conclus. 393. n. 7.

26 ¶ Quartò, porque los dichos testigos, en las oydas que dizen, no hazen distincion que fuesse antes que se empezasse este pleytto: lo qual era necessario, para que siendo testigos de oydas, pudieran prouar, dict. cap. licet ex quadam de testibus, ibi: *Ante litem motam, &c.* Farinac. de testib. quæst. 69. num. 109. ibi: *Quia ad hoc, vt testes de auditu probent consanguinitatem, debent deponere se audiuiße ante litem motam*, Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 475. vers. 14. & vers. *Quartò requiritur*, & cõs. 431. n. 45 Honded. cons. 17. num. 47. Y la razon es, porque diziendo los testigos indistintamente, que lo han oydo dezir, se pueden referir sus oidas al tiempo posterior a el pleyto.

27 ¶ Quintò, porq̃ para q̃ los testigos q̃ dizẽ de oidas el parẽtesco, hagã fee deuen deponer cõ distincion de grados, y declaraciõ de todas las personas,

hasta

hasta el estipite comun, y los testigos, de q̃ se vale el dicho dõ Diego, aunq̃ declarã las personas hasta su visabuelo, no declarã la persona del padre del visabuelo, q̃ es la mas principal, y por donde se auia de verificar el parentesco con la madre del fundador: lo qual era preciso, cap tua nos de affinitate, & consanguinitate, ibi: *Consanguinitatis gradus computãt à stipite debent incipere id est à parentibus, vel germanis, & sic per ordinem distinguere gradus nominibus proprijs, vel equipolentibus inditijs designando personas*, vbi glos. littera B. in fin. ibi: *Sic ergò patet, quia omnes gradus, & personæ sunt designandæ*, Farinatio de testibus, quæst. 69. nu. 116. ibi: *Vt nec consanguinitas prouetur per testes de auditu, nisi declarẽt personas, & gradus per nomina propria apelatiua.* Et num. 117. ibi: *Adhoc vt testes de auditu probent cõsanguinitatem debent specificare singulos gradus consanguinitatis excepto stipite*, Cyriaco Nigro lib. 2. controuersia 281. numer. 11. 12. & 13. en sucession de vn vinculo reprueua la prouança del parentesco, por no auer declarado con distincion los grados, y personas, ibi: *Pro quo sufficienter adimplendo duo necessaria sunt alterum quod probet certum gradum consanguinitatis incipiendo à commune stipite, vel saltem à fratribus germanis, & decendendo singulos gradus clara computatione distinguendo suis proprijs nominibus, vel equipolentibus inditijs designando*, Valençuela Velazquez cons. 105. num. 52.

28 ¶ Sextò, porque quando dizen los testigos del dicho don Diego Cobo del Rincon de oydas que Iuan de Fuentes su visabuelo, fue hijo de hermano del padre de la madre del fundador, no dizen que fuesse legitimo: lo qual era necessario para poder representar, Hondedeo cons. 5. nu. 20. Cyriaco Nigro controuers. 8. n. 133.

29 ¶ Y bastara que los testigos de la prouãça del dicho D. Diego, siendo de oydas, como lo son, tuuieran qualquiera defecto de los que quedan referidos (que los tienen todos) para que no se les diera credito, y la razon es, porque el que se admitan los testigos de oydas para prouar el parentesco, es especial determinacion, y por esta causa no pueden tener otras especialidades, ni concurrir en vn mismo sugeto, co-

mo son la de no dar autores, ni señalar la persona principal, por dõde prouiene el parẽtesco del fũdador: deponer con la equiuocaciõ q̃ deponen: auerse hecho en la instãcia de reuista, no dezir que el visabuelo fuesse hijo legitimo del hermano que quieren suponer que todos son defectos legitimos, y que les quita el credito, como queda fundado: cõtra la disposicion de la ley 1. C. de dotis promissione, y en los mismos terminos lo pone por razon de dizidir el cap. tua fraternitas de cõsanguinitate, & affinitate, ibi: *Præsertim cum sæpius testimoniũ perhibeant de auditu, quod quia minus est validũ, non est in huiusmodi articulo nimium laxanda facultas, &c.*

30 ¶ Y si se diera lugar a que semejante prouança fuera bastãte viniera a quedar vencido el dicho Diego de Fuentes sin poderse defender, porque no auiendo declarado los testigos de la dicha prouança la persona del padre del visabuelo de don Diego Cobo, q̃ es por dõde dize tiene el parentesco cõ el fundador, ni personas a quien dizen oyeron en sus deposiciones, no ha podido el dicho Diego de Fuentes hazer defensa sobre ello. De que resulta, que no ha prouado el parentesco, con que aunque tuuiera lugar el derecho de la representacion, no le pudiera aprouechar.

31 ¶ Añadese contra la prouança del dicho don Diego Cobo de el Rincon lo que tiene prouado el dicho Diego de Fuentes con tres testigos, respondiendo a la quarta pregunta del interrogatorio de la instancia de vista, en que dizen de oydas, dando autores, que el abuelo de el fundador no tuuo mas hermano que a Pedro de Fuentes, abuelo del dicho Diego de Fuentes.

32 ¶ Y aunque se pudiera dezir para cõcordar los testigos del dicho don Diego Cobo del Rincon, que Iuan de Fuentes su visabuelo fuera hijo de Pedro de Fuentes, abuelo del dicho Diego de Fuentes, que oy litiga, en este caso tiene prouado el dicho Diego de Fuentes la mayoria, y que està en mejor linea con los testigos de la instancia de vista, que responden a la quinta pregunta, diziendo, que el hijo mayor que tuuo el dicho Pedro de Fuẽtes, fue Diego de Fuentes, padre del que oy litiga.

Y quan-

33 ¶ Y quando fuera cierta la prouança que tiene hecha el dicho don Diego Cobo del Rincon, y no tuuiera los defectos que se hã fundado, lo que pretende auer prouado es: que Iuã de Fuentes su visabuelo fue hijo de hermano mayor del padre de el abuelo del fundador, y no prueua la mayoria, respeto de Pedro de Fuentes, ascendiente de Diego de Fuentes: y el dicho Diego de Fuentes tiene prouado con concluyente prouança, sin que se le aya puesto defecto, ni contradicion alguna, que Pedro de Fuentes su abuelo fue hermano mayor de Iuan de Fuentes, abuelo de el fundador, con que aunque la representacion tuuiesse lugar, no se podia determinar este pleyto por la primera regla, y obseruaciõ que determina la sucession de los mayorazgos, que es la linea, ratione incertitudinis maioriæ inter ascendentes litigantium, l. duo sunt Titij, ff. de testament. tutel. ibi: *Non deficit ius, sed probatio, &c.* l. qui solvendo non erat duos Appolonios, ff. de hæredib. instituend. l. hæredes palam, §. si quid, ff. qui test. fac. poss. l. si fuerit legatum, ff. de reb. dub. y es preciso para su determinacion passar a la segunda regla, y obseruacion, que es la del grado, vt colligitur, ex l. 2. tit. 15. part. 2. Dom. Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 3. nu. 7. & lib. 3. cap. 1. & 2. & cap. 4. num. 13. & 14. vbi eius Addentes plures referunt Marta vbi supra num. 41. ibi: *Et cesante ratione linearum successio reducẽda est ad terminos iuris, vt qui proximior est defuncto is omnino præferendus sit.* Y auiendose de determinar este pleyto por la segunda regla, y obseruacion, que es la del grado, no parece que tiene duda, que ha de ser declarado por sucessor del vinculo, sobre que se litiga, el dicho Diego de Fuentes, porque computado el grado de su parentesco con el fundador, conforme a la computacion ciuil, viene a estar con el fundador en el sexto grado, y con el vltimo posseedor en septimo, y el dicho don Diego Cobo del Rincõ, segun la misma computacion, siendo cierto el parentesco que tiene propuesto, està en octauo grado con el fundador, y en nono con el vltimo posseedor. Y assimismo se halla el dicho Diego de Fuentes descendiente de varon

ron sin interposicion de hembra de hermano de el abuelo del fundador, y mayor de nouenta años, con que le asisten asimismo las otras dos reglas del sexo, y la edad.

34 ¶ Y no puede impedir la pretension del dicho Diego de Fuentes, que Gonçalo Cobo Adalid, vltimo posseedor, y por cuya vacante se litiga en su testamento, huviesse declarado, que quien sucedia en el dicho vinculo, era el dicho don Diego Cobo del Rincon. Porque se responde. Lo primero, que auiendo, como ay, llamamiento conocido del pariẽte mas cercano, hecho por el fundador, no lo pudo alterar, ni mudar el vltimo posseedor: mayormente no auiendo conocido, ni pudiendo conocer los ascendientes de los litigantes, Dom. Molina lib. 1. cap. 8. num. 38. Dominus Valençuela Velazquez cons. 135. num. 140. Lo otro, porque no siendo dueño el vltimo posseedor del vinculo, no pudo hazer declaraciõ, ni poner condicion alguna en perjuyzio de tercero, ex l. cum filius familias, ff. de testamento militis, ibi: *Hæreditati suæ quidem miles qualem vellet substitutionem facere potest, æs autem alienum minuere non potest.*

35 ¶ Lo otro, y principal, porq̃ se halla ser incierto q̃ D. Diego Cobo sea el pariente mas cercano del fundador, y quien lo es, segũ la verdad es Diego de Fuentes; el qual tiene prouado con Andrea Carrillo, muger del fundador, y Mariana de Monsalve, muger del primero posseedor, que conocieron la voluntad del fundador, y siempre le oyeron dezir que quien sucedia en el dicho vinculo a falta de los expressamente llamados era el dicho Diego de Fuentes, conque se reconoce ser incierta la declaracion de el vltimo posseedor, y el auerla hecho fue por auer estado casado con hermana de la madre del dicho don Diego Cobo, y por esta razon reprouò el señor don Iuan Valençuela Velazquez otra declaracion hecha por vn vltimo posseedor in dict. num. 140. ibi: *Neque obstat, quod capellanus vltimus prædictæ capellaniæ declarauerit, eam ad dictum Parrochum de Sotoca, quia vltra, quod contrarium certum est ex supra dictis, id non alia ratione fecit, quam eà quod frater erat dicti*

dicti Parrochi; vnde nec tanquam testis dictum validum est, quod declarauit.

36 ¶ Mucho menos puede impedir la pretension del dicho Diego de Fuentes, lo que dize dõ Diego Cobo, de que Pedro de Fuentes su abuelo tuvo la possession del dicho vinculo, afirmando que auia tenido pleyto sobre ella con algunos opositores. Lo primero, porque no es cierto que huviesse auido tal pleyto, y los testigos que en ello deponẽ, vnos dizẽ, que avrá veynte y seys, ò veynte y ocho años, y otros quinze, ô diez y seys, con que estan varios. Lo otro, porque Fernando Torres de Velasco, testigo que dize, que el dicho pleyto passô en el oficio donde el escriuia, afirma que se entregó a el vltimo posseedor el dicho pleyto, y si fuera cierto auerlo auido, lo huviera declarado en su testamento, ô lo huviera dado por razon en la declaracion q̃ hizo en fauor del dicho don Diego Cobo del Rincon.

37 ¶ Præterea, porque en aquel pleyto, quando lo huviera auido, no fue citado, ni se siguiò con el dicho Diego de Fuentes, ni podia serlo, por viuir como viuia en la villa de Cambil, como lo deponen los mismos testigos. Y assi aunque fuesse cierto que tuviesse la dicha possession, y huviesse auido qualquier auto, no le pudo perjudicar a el dicho Diego de Fuentes, *vt res inter alios acta*, l. sæpe, ff. de re iudic. cum vulgat.

38 ¶ Y quando esto cessara, oy se litiga por la vacante de Fernando Cobo Adalid, que no es ascendiente de don Diego Cobo, y para suceder en el dicho vinculo, solo se ha de mirar quien de los litigantes deue suceder conforme a la fundacion, y se halla con mejores calidades en la vacantes, sin q̃ se pueda translinear por causa alguna.

39 ¶ Vltimamente no puede impedir el derecho de Diego de Fuentes la possession que huviere tomado don Diego Cobo en la vacante de el vltimo posseedor, por auer sido sin perjuyzio de tercero, y sin citar a Diego de Fuentes, y auerse resuel-

to esta luego que salió oponiendose en vna simple citacion, y no causó efecto, Bald. in l. fin. C. de edicto Diu. Adrian. tollend. queſt. 4. Sesse decis. 206. num. 6. Farin. decis. 610. in fin. in nouis. Barbos. de claus. clausul. 139. num. 4. Dom. Larrea decis. 6. numero 9. Ex quibus omnibus consta la justicia que tiene Diego de Fuentes, para que se confirme la sentencia de vista. Salva V. D. C.

Licenciado D. Pedro de Hinojosa.